
論 説

Publicum 概念および私人の合意によっては 変更できない ius publicum について

——16 世紀のブリソン『法律用語辞典』と
キュジャース D.2.14.38 註解を手がかりに——

田 中 実

1. はじめに
2. Publicum 理解の入り口
3. ブリソン『法律用語辞典』
4. キュジャース『パピニアヌス「質疑録」第 5 巻』
5. おわりに

1. はじめに

政治とは、privéなものではなく public なものである。privéな，privatiséされた政治は形容矛盾であり政治概念には含まれない。それでは「publicなもの」とは何か。「公のもの」「公共性」は、我が国でも、とりわけハーバーマス『公共性の構造転換』が紹介されて以来、学際的な研究テーマであり続けている。しかし、この概念は、多義的であるのみならず，politisch-sozialと同時に visuell-intellektuell な様相を呈する厄介なものであり，議論の収斂も難しい¹⁾。

法学の分野では、大陸法系諸国において、伝統的に私法との対比で公法が観念され、私法・公法の分類は法の summa divisio である²⁾。もっともこの

二元論は、我が国の行政法学においては戦後のいわゆる民主化過程で否定的な評価がなされてきた³⁾。しかしそこでも近年では公法概念を捉え直し再構成するという問題設定がなされている。つまり行政法を私法の特別法と捉えることと、現行法規や判例法理から行政法の実定的な「公」概念を冷静に抽出することとは両立すると考えられるにいたっている⁴⁾。こうした学際的な議論や法学内部での新たな動きの中にあつて、「私的なもの」と区別された「公的なもの」という対概念について、ローマ法やローマ法学における public 概念の使われ方を紹介することは、議論の展開に意味があろう。それは、「もともとギリシアに発し、今日までローマ的形態で伝えられてきたカテゴリー」であるからである⁵⁾。

さて、ローマの *ius publicum* 概念については、グアリーノが比較的見通しのきく説明を行っている⁶⁾。彼は、「ローマの国の体制、国制の態様（政治システムの骨格）に関する法」⁷⁾としての *ius publicum* の概念は、（公の）法律によって作られた法（*ius legibus publicis conditum*）たる *ius legitimum novum* としての *ius publicum* と同音異義語であるとし、（公の）法律によって定められた法が私法・私権（*ius privatum*）の問題に関わるとしても、そこには常に共同体全体の利益という動機から規範を通じて介入がなされたわけであり、この動機がない場合には国家として私人関係への介入を容易に決定できなかった、というローマの状況を指摘する。さらに「*ius publicum* は私人の合意によっては変更できない」との準則に見られるように、*ius publicum* が私法の強行法の意味でも使われていることについては⁸⁾、あいにく同じ *ius publicum* という言い方がされているが、本来的な *ius publicum* の主たる特性から私人によって適用除外できない法を示すようになった、とする⁹⁾。

しかし本稿は、近年の研究をフォローしローマ法の歴史的展開の中でこの概念を位置づけるものではない。まずは、類概念としての *publicum* が、ローマ法源の中でどのような様々な種として用いられているかについて、16世紀普通法のオーソドックスな整理を紹介する。手がかりはブリソン『法律用語辞典』である¹⁰⁾。これは、Heinrich Eduard Dirksen, *Manuale latinitatis*

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない *ius publicum* について *fontium iuris civilis romanorum* や Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* 出版以後も依然として有益であるとされる辞典である¹¹⁾。ブリソンは他にも、古代の様々な書式・方式書の、今日でも色褪せることのない集成を出版し、パリの高等法院（バルルマン）長官としても活躍した第一級の人文主義法学者である¹²⁾。次に、D.2.14.38（パピニアス『質疑録』第5巻）に見られる「*ius publicum* は私人の合意によって変更できない」¹³⁾との準則を検討する。手がかりはこのパピニアス法文に対するキュジャースの註解である。キュジャースは、ローマで最もすぐれた法学者とされるパピニアスの『質疑録』について本格的なパリングネシアを試み詳細な講義を行った人文主義法学者である¹⁴⁾。グアリーノは、この強行法としての *ius publicum* について、本来的な *ius publicum* の重要な特性を伴い転用されたものと説明しているが、なぜ強行法について *publicus* という形容詞を用いたのか。彼の言う転用を可能にした *publicus* の含意とは何か。そもそもローマではどのようなものが強行法とされていたのか。こうした疑問から、*publicum* そのものの理解を深めるためにキュジャースの註解を手がかりにするのである。雑駁な覚書きであるが、長年にわたり西洋政治思想史研究・教育を通じて「公的なもの」の分析と維持に尽力されてこられた友岡敏明教授に本稿を捧げることをお許し願いたい。

2. *Publicum* 理解の入り口

ところで、*publicus* という形容詞はドイツ語で *öffentlich*、オランダ語で *openbaar* と訳されたことから推認できるように、継受の過程では、「成員にオープンである、アクセス可能である」という属性が抽出されたようにも思われる¹⁵⁾。このことは、ローマの裁判が *publica iudicia* と *privata iudicia* とに二分されるとき、前者が近代語で大づかみには *criminal procedure*、又は *jury* の要素を入れて *strafrechtelijke juryrechtbank* と訳されるのを慣例

としてきたこと、そこでの「公」たる根拠について、任意の国民に (*cuius ex populo*) 訴えが許されていることを基準としている法文が見られることにも通じる¹⁶⁾。

驚くべき早い時期に、ローマの裁判制度の復元を試みたモデナの著名な人文主義者カルロ・シゴニオ (c.1522/23–1584) は¹⁷⁾、『公（刑事）裁判について』の最初に、「公（刑事）裁判には、民事裁判と全く別の根拠・論理 (*ratio*) があった。実際、ユスティニアヌス帝が述べているように、『それは、訴権によって規制されておらず、民事訴訟と類似のものを全く有さず、そしてその大きな違いは、〔裁判の〕設置と訴訟の提起にある。確かに公的と言われるのは国民の誰にも訴えが認められているからである』¹⁸⁾と指摘している。これは若干単語の違いがあるものの、『法学提要』第4巻第18章「公（刑事）裁判について」の首項と1項の文言からとられている。まさに「公」が「国民すべてに開かれていること」に結びついていることを示すものであり、*publica iudicia* は任意の市民にアクセス可能であることやオープンであるという語義の用例を提供していると言えよう¹⁹⁾。

他方、『法学提要』ではなく、マケル『公（刑事）裁判』からの D.48.1.1を見ると、「犯罪が審理される裁判がすべて公（刑事）裁判というわけではなく、公（刑事）裁判法に基づいてなされるものだけがそうである。例えば、大逆罪についてのユリウス法、姦通罪に関するユリウス法、暗殺および毒殺に関するコルネリウス法云々」と述べて、「公」という形容詞を、その裁判が公裁判法に基づくことに結びつけている。そうすると、その「公裁判法」概念の「公」が、そもそも任意の市民にアクセス可能である、オープンであるといった含意を含んでいたのか、と問わなければならない²⁰⁾。

ブリソンは、市民の誰もが訴えを提起できるがゆえに「公」であるとの想定を否定するためにこのマケル法文を用いている。彼は述べている。

「公の裁判とは、ユスティニアヌス帝が論じているように、それらの遂行が、訴追者として適している国民の誰か任意の者に委ねられるからそう言われているのではない。なぜなら、それが理由であるならそれは国民訴訟

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について (popularia iudicia) であろう。そうではなく、公裁判の法律に基づいてなされ、それに依拠するから公なのである (D.48.1.1。)²¹⁾

さらに別の publicus の用例として via publica を見ると、公道とは、私有地であっても公共の用に供されている道路も含まれていたが、後になって公有地の道路のみを称することになった、と説明されている²²⁾。このように publicus の理解についてごく限られた史料や研究を見ても、公概念が厄介であると同時に検討に値するものであることが分かる。

3. ブリソン『法律用語辞典』

ブリソン『法律用語辞典』の publicus 項目は、いくつかの語義に分けて説明している。

第一に、publicus の本来的な意味が挙げられている。これは、「ローマ国民のもの」だけに用いられる。根拠とされるのは、次の法文である。

『学説彙纂』50 卷 16 章 15 法文 ウルピアヌス『告示註解』第 10 巻
市邦 (civitas) の財産が、語の濫用によって、「公の」と言われた。なぜならローマ国民のものだけが「公のもの」であるから²³⁾。

このように civitas についてすら形容詞 publicus を付すのは濫用であるとする狭い概念が最初に紹介される²⁴⁾。ブリソンが挙げるこの法文に続く D.50.16.16 (ガイウス『属州告示録』第 3 巻) では、次のように述べられている。

『学説彙纂』50 卷 16 章 16 法文 ガイウス『属州告示録』第 3 巻
ローマ国民の貢租徴収 (vectigal) を請け負っている者を我々は「プブリカヌス」(徴税請負人) と呼ぶ。なぜなら「プブリカ」という呼称は数多くのケースではローマ国民に関するからである。というのも市邦は私人と見

なされるからである²⁵⁾。

このように、ウルピアヌスのみならずガイウスもこの第一の意味で *publicus* を用いていることが確認できる。さらに挙げられている法文は D.1.1.1.2 (ウルピアヌス『法学提要』第1巻) である。これは、Inst. 1.1.4 にも対応し、今日でもしばしば公法・私法の分類に援用されることの多い項である。

『学説彙纂』1巻1章1法文2項 ウルピアヌス『法学提要』第1巻
法律の勉強には公法と私法の二つの主題・領域がある。公法とはローマの国の体制（政治システムの骨格）に関するものであり、私法とは私人の利益に関するものである。実際[法には]公的に有益なものもあれば、私的に有益なものもあるから。公法は、神聖な (*sacer*) もの、司祭そして政務官から成っている。私法は三つの部分から成る。つまり自然の命、万民の命、市民の命から取り出されている²⁶⁾。

ブリソンは例として非法学文献の小プリニウス『書簡集』第8巻書簡14も挙げている²⁷⁾。ここでは、「*ius publicum* を *ius privatum* のように、近時の法を古法のように、定着している（不断の）法を稀な法のように扱うこと」と述べられている。この箇所が直ちにこの第一の用例にあてはまるかはともかく、小プリニウスは、同じ書簡の冒頭でも、「あなたは *ius privatum* と、元老院の法 (*senatorium*) もその一部である *ius publicum* にまことに精通しておられるのですから、あなたから是非うかがいたいのです……」と述べて²⁸⁾、元老院の法あるいは手続きを *ius publicum* の一部であるとしており、これもローマ国民、ローマの国の体制に関わる *publicum* の用例と理解できよう。

第二の意味は、ローマ国民にも万民にも属するものが、*publicus* であるとする場合のものである。河岸そのものには私的所有権が成立し、そこにある樹木は所有者のものであるが、河岸の公共の使用 (*publicus usus*) は万民法に

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない *ius publicum* について

属する、とする D.1.8.5 (ガイウス『日常法書』第2巻)、同じ趣旨およびそこでの航行などが誰にも自由であることを述べる Inst.2.1.4、河川や港が公であるため、そこでの漁業権はすべての者に共有であるとする Inst.2.1.2、やはり河川の土地の使用が公であることを述べる D.41.1.30.1 (ポンポニウス『サビヌス註解』第34巻) が挙げられている。

このように、形容詞 *publicus* の第二の意味は、ローマ国民に限らず万民の共通の使用に供されること、使用に開かれていることを表している。

第三の意味は、ローマ国民の財産に属するもの (*quae in patrimonio et pecunia populi Romani sunt*) である。D.41.3.9 (ガイウス『属州告示註解』第4巻) が援用されている。

『学説纂纂』41巻3章9法文 ガイウス『属州告示註解』第4巻

使用取得の対象となるのはとりわけ有体物である。ただし、神聖物、聖護物、ローマ国民や市邦 (*civitates*) の公のものは除かれ、自由人も同じくそうである²⁹⁾。

ローマ国民や市邦の財産は最初から使用取得・取得時効の対象から除外される、つまり *res habilis* ではない。ローマ法の教科書でも、土地に関して言うと、ローマ市民法の土地とは戸口調査表に記録されるものであり、これに記録されないものは使用取得によっても記録される資格を得ない、と説明される³⁰⁾。この用例として、キケロ『ウェッレース弾劾』(第3演説6[13]) が挙げられている。キケロが、属州による租税徴収方法の違いを述べ、シキリアでローマに征服されたのはわずかであるが、征服された場合には *ager* は *publicus* になった、と説明する箇所である。この *ager publicus* の *publicus* はまさにこの第三の意味である。整理の仕方によっては第一の意味にまとめることができるかも知れないが、「財産」ということを明確にしているのであろう。

第四の意味は、国民の共通の使用にある、つまり公共の用に供されている

ものである。これには、ローマのマルス広場、中央広場、劇場、競技場、バシリカ、公道、公街路が挙げられている。これは第三の意味と区別がつきにくいかも知れない。ブリソンは D. 50. 16. 17 pr. と D. 18. 1. 6 pr. を挙げている。

『学説彙纂』50 卷 16 章 17 法文首項 ウルピアヌス『告示註解』第 10 巻 公のものということの中に、我々は、神聖なものでも、宗教的なものでも、公の使用に供されるわけでもないものも有している。しかし市邦の奴隷の特有財産が公のものと見なされるのはほとんど疑いがない³¹⁾。

この法文は、publicus には第二や第三の意味に属さない用例があることを示唆している。法文は続けて、先の D. 50. 16. 16 で私人とされた市邦の奴隷が特有財産を有している場合、その特有財産は公のものであるとしている。ここでは、各成員の使用に供されるわけではないものが、財産として publicus なものである、と理解されている。

『学説彙纂』18 卷 1 章 6 法文首項 ポンポニウス『サビヌス註解』第 9 巻 しかし小ケルススは述べている。「あなたは、自由人をそうと知って買うことはできず、またいかなる物であれその譲渡がありえないことを知って買うこともできない。例えば神聖地および宗教地、又はその取引が存在しない地である。マルス広場のように、国民の財産にではなく公共の使用のため持たれている公の地がそうである」³²⁾。

この法文では、そうと知って (sciens)、自由人や譲渡がありえない物を買うことが不可能であると述べた後に、後者の例として取引対象とならない神聖地、宗教地と並べて、公の地が挙げられている。そして公の地には、売買が有効に成立する、つまり買主訴権が生じる国民の財産にあるものと、マルス広場のように、国民の財産にではなく公共の使用にあり、売買が成立しないものがあるとする。国民の財産に属さない公のものが想定されている。こ

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum についての対比から第三の意味に挙げられるもの、つまり公有地 (ager publicus) が貢租 (vectigal) 負担の下で特定私人の使用に供されている場合には、この第四の意味では publicus ではないことになろう³³⁾。逆に、先に述べた公道の本来の用例のように、ローマ国民の財産に属さず、私人の所有にあつても、公共の用に供されている publicus なものもある。ブリソンが挙げている法文は、主として、D.43.8の「あることが公の場所や公の街路(通り)において行われなように[との特示命令]」からの法文などであり³⁴⁾、また、公道については、以下の法文が挙げられている。法文は、いかなる役権設定もできない神聖地又は宗教地と、公の地とに分け、後者の場合は、公共の不便が生じるかどうかで区別され、生じないときには元首が水を引く役権を設定できるとしている。このように公有か否かではなく、公共の使用や公共の便宜という、別の基準による公の意味があるのである。

『学説彙纂』8巻1章14法文2項 パウルス『サビヌス註解』第15巻
公の地又は公道を通じて水を汲む役権は設定できるが、水を引く役権は設定できない。ところが、公共の不便が生じないのであれば公道を通じて水を引くことが許されるように元首に対して請求されるのが常である。神聖地、又は宗教地がその間にあれば、通行役権さえも妨げられる。そうした土地にはいかなる役権も設定しえないからである³⁵⁾。

第五の意味として、ブリソンは、「時には、皇帝金庫に属するものを『公』から除外することが見られ、公の事件は皇帝金庫の事件とは区別されている」、と述べて、皇帝金庫 (fiscus) を私的なものと観念することが紹介される³⁶⁾。彼は、「ウルピアヌスが D.5.3.20.9 で皇帝金庫の事件を公と呼んでいるものの」、としている。

『学説彙纂』5巻3章20法文9項 ウルピアヌス『告示註解』第15巻
この元老院議決はたとえ公の事件についてなされたにせよ、私人の相続回

復請求についても適用されることを疑う者は誰もいない³⁷⁾。

法文は、いわゆる顛落財産の没収事件について発せられたユウエントゥス元老院議決が、私人間の相続回復請求にも適用されることを述べているのである³⁸⁾。むしろ我々はブリソンが「時には」と述べていることに注目しよう。次の法文が援用されている。

『学説彙纂』18巻1章72法文1項 パピニアヌス『質疑録』第10巻
パピニアヌス。「神聖物、宗教物又は公の物に属する何かであればそれは売却されない」と売買の条項で述べられた。もしその物が公の使用にあるのではなく皇帝金庫の財産にあるときは、その売買は有効であり、抗弁が売主には有利とならない。この抗弁は適用されないから³⁹⁾。

このように、おそらく慎重なパピニアヌスが、皇帝金庫の中に「公の用に供されるかどうか」の基準を設定したことがうかがえる⁴⁰⁾。使用に供されなければ、皇帝金庫の財産にあるものは元首固有の私的なものとして、公の呼称に含まれないのである。後で見るように、例えば、皇帝金庫が、私人の使用に供されることのない徴税主体として表れると、それは公的なものである。徴税業務が私人に請負に出されるときも、この徴税請負人がプブリカヌス (publicanus) と呼ばれ、privatus なものではなく publicus なものであるという属性が残されている⁴¹⁾。さらに例えば公の場所における建築なり工事なりを禁じる特示命令の法文が紹介される。

『学説彙纂』43巻8章2法文2項 ウルピアヌス『告示註解』第68巻
これ〔あることが公の場所や公の通りにおいて行われないうにとの特示命令〕を通じて、私人の便益と同様に公の便益も配慮される。なぜなら、なるほど公の場所は私人の使用に供されるとは言っても、各私人に彼固有の場所として（であるかのように）ではなく、市邦の法があつてのことであるからで

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum についてあり、そして我々はその使用を保持するための権利を有しているのであるが、それは国民の誰もが[その使用の妨害を]禁じるための権利を有しているからこそその範囲においてである。このために私人の損害をもたす工事・工作物が公のところでなされるときは、禁止的特示命令によって、[私人が]訴えられることがあるのであり、この事態のためにこの禁止的特示命令が提示されたのである⁴²⁾。

この法文では、この特示命令が私益にも公益にも資するものであること、公の場所が私の使用に供されるため、私人が工事禁止の特示命令の被告となることがある、と述べている。ここでの公共の使用とは不特定の私人の使用である、と理解できよう。

さらに挙げられている法文はこうである。

『学説彙纂』41 卷 1 章 14 法文首項 ネルウァ『法範録』第 5 卷
ある者が海岸に建築したものはその者のものとなる。というのも公の海岸とは、国民の財産中にあるものではなく、まずは自然によって生じ、そしてまだ誰の所有権にも達していないようなものであるから。これらの条件は、魚や野獣の条件と異なっているわけではない。捕まえられると同時にその者の権力中に達し、その者の所有物になることは疑いがないから⁴³⁾。

公の海岸 (litora publica) は、国民の財産にはなく、いわば捕まえられる前の魚や野獣と同じく無主物状態であり、その海岸での建築物・工作物は建築者のものとなり、撤去されると再びそれらがなかった以前の公の、つまり無主物の状態に戻るとしている。

第六として、ブリソンは、「公は大抵は私と対立させられている。それ故に、ここで記述しておくのが有益である様々な言い回しに注意しておこう」⁴⁴⁾と述べ、第一から第五までのように何か特定の意味を提示するというよりも、「私」と対比される「公」の様々な用例を挙げていく。これまでの

五つの意味の理解に特に有益なものと、次に検討するパピニアヌスの法準則「*ius publicum* は私人の合意によっては適用除外できない」に対応するものに絞って紹介しよう。

最初に *iudicium publicum* を見よう。これについては、先に若干紹介したように、一方で、ユスティニアヌス帝の『法学提要』と3世紀前半のマケル『公（刑事）裁判論』とが対立している。

『法学提要』4巻18章首項・1項

公（刑事）裁判は、訴権によって規制されるものではなく、また我々がこれまで述べたその他の裁判と全く類似するものを有さず、設置および行使にその大きな違いがある。ところで、大抵は国民の誰でもそれらの行使が与えられるが故に、公と言われている⁴⁵⁾。

『学説彙纂』48巻1章1法文 マケル『公（刑事）裁判論』第1巻

犯罪が審理される裁判がすべて公（刑事）裁判というわけではなく、公裁判法に基づいてなされるものだけがそうである。例えば、大逆罪についてのユリウス法、姦通罪に関するユリウス法、暗殺および毒殺に関するコルネリウス法、殺人に関するポンペイウス法、属州についての不当徴収返還請求に関するユリウス法、遺言〔偽造〕に関するコルネリウス法、私的暴力に関するユリウス法、公的暴力に関するユリウス法、選挙違反に関するユリウス法、不法徴収に関するユリウス法、穀物に関するユリウス法がそうである⁴⁶⁾。

と述べて、「公裁判法」に基づくからこそ「公裁判」であるとしているものである。もっとも、個別の公裁判法に基づき設置される査問法廷では誰でも訴追可能であった、あるいはなるほど公裁判法に依拠するからこそその公裁判ではあるが、なぜ公裁判と呼ばれたかは、訴追権が市民に開かれていた、と説明する余地があるかも知れない⁴⁷⁾。また誰にでも訴えることができるこ

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum についてとは、民事裁判では actiones populares と呼ばれており、これが「公の」と言われないのであれば、訴追者の非限定が公に対応しないとの反論が可能であろう。

別の D. 47. 15. 3（マケル『公（刑事）裁判論』第3巻）では、馴合訴訟に対する裁判について、その導入が公によるものと慣用によるものがあると述べられ、公が慣用と対比されている。

『学説彙纂』47巻15章3法文 マケル『公訴訟』第1巻

（首項）馴合訴訟の裁判は、公のものであることもあれば、慣用によって導入されたものもある。（1項）なぜなら、被告人が、公（刑事）裁判で、自らは同じ犯罪で他の者によって訴追され免訴されたと述べて、訴追者に対し異議を唱えたときには、公（刑事）裁判に関するユリウス法は、最初の訴追者の馴合訴訟について確かめ判決が下されて初めて訴追される、と定めている。従ってこの馴合訴訟の判決は公（刑事）裁判であると理解される。（2項）しかし馴合訴訟の犯罪が弁護人に帰せられているときは、公（刑事）裁判ではない。彼が馴合訴訟を行なったとされるのが、公（刑事）裁判であれ民事裁判であれ関係がない。（3項）それ故にある者が公（刑事）裁判を放棄した犯罪だと言われて訴追されるときは、公（刑事）裁判ではない。なぜなら、このことについてはいかなる法律によっても規定されておらず、また放棄した者に対して5リブラの金の罰金が定められる公の訴追は、元老院議決によって、導入されたわけではないから⁴⁸⁾。

この法文で述べられている馴合訴訟に対する裁判は、ある者を訴追したところ、被訴追者がその事件はすでに裁判がなされ無罪判決を受けていると抗弁した場合に、過去のその裁判が馴合訴訟であったことを確定させるものである⁴⁹⁾。これによって改めて刑事訴訟が開始される。小プリニウス『書簡集』第3巻書簡9によると、確認後にまずは本来の被告人に対する審理判決

が下され、その後に馴合裁判を行った者の審理がなされたようである⁵⁰⁾。馴合訴訟に対し公に導入されたこの裁判は以前の訴追者に対するものであり、対弁護人のものは慣用によって導入された裁判である。そして前者が公と言われるのは、裁判に関するユリウス法に規定があるからである。後者は放棄者に5リブラの罰金を科すものであるが、これは元老院議決によって導入されたわけではないから、公ではないと説明している。つまり法律や元老院議決に規定された刑事裁判のみが公裁判であるとしているのである。

しかし他方で、D. 23. 2. 43. 10 がある。

『学説彙纂』23 卷 2 章 43 法文 10 項 ウルピアヌス『ユリウス・パピウス法註解』第 1 卷

公（刑事）裁判で有罪判決を受けた女性を妻に娶る又は妻とし続けることは元老院議員にはふさわしくない、と元老院は判断した。公（刑事）裁判とは、何らかの法律のために、公（刑事）裁判で訴追をする権能がないのでない限り、国民の誰にも訴追することが許されているものである⁵¹⁾。

これは法律による制限の可能性を認めつつ、先の Inst. 4. 18 pr., 1 に親和的な法文である。

それ故に、とブリソンは、4 世紀の教父、聖ヨハネス・クリュストモス (347-407) 『ホミリア』も、「普通犯罪とは公の不法であり、欲する者は誰でも訴追が許されている」(Κοινόν ἐστὶ τὸ ἐγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξουσιν ἕκαστω τῶν βουλομένων κατηγορεῖν) と述べていると、ギリシア語文献を挙げた。ここでは κοινός と δημόσιος が用いられている。そして犯罪には commune に近い形容詞コイノスが、不法には、「デーモス、国民に関わる」との含意を有する形容詞デーモシオスが付けられている。そうだとすると、publicus が populus から派生したものであるのは疑いない、との説明に合致し⁵²⁾、同時に、publicus は commune 「すべての者に共通の」に親近の意味も担うことができることもうなずける⁵³⁾。

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

クリュストモスの引用の後、ブリソンは、「誰にでも訴追が許される」というのは、むしろ普通犯罪 (commune crimen) と呼ぶにふさわしい、とする。communis とは、「普通法」という用例に見られるように、particularis の対比で「あまねく適用される」こと、それから singularis との対比で、「原則」「正規」の意味が考えられる。後者の ius commune とは、普通法が拡張解釈を許容しないと、パンデクテン法学が内心の効果意思と動機の峻別に対応させて解釈と類推適用を峻別した上で、類推適用を許容しないとしたものである⁵⁴⁾。ここで、communis が最初の意味をより広げた上で「誰にでも訴追が可能である」という意味に用いられているのに対して、iudicium publicum とは、先の D.48.1.1 が列挙している法律を根拠とする裁判である、と区別するのである。このように説明した後に、ブリソンは公の査問法廷設置の歴史を述べている D.1.2.2.32 (ポンポニウス『法学通論単巻書』) を挙げる。この法文では、遺言偽造、殺人、暗殺に関して、独裁官スッラによる公(刑事)の査問法廷の設置を述べ、査問法廷を quaestiones publicae と表現している。

『学説彙纂』1巻2章2法文32項 ポンポニウス『法学通論単巻書』

……その後、コルネリウス・スッラは、[遺言]偽造について、殺人について、暗殺についてというように、公の査問法廷 (quaestiones publicae) を設置し、4人の法務官を増員した。……⁵⁵⁾

ブリソンは、ローマ法文ではなくキケロ『ブルトゥス』『ウェッレース』『義務論』から、それ以前に、護民官カルプルニウス・ピソが、属州についての不当徴収返還請求に関する査問法廷を設置した(前149年)ことを確認する⁵⁶⁾。今日の基本的な刑事法史の教科書でも、属州についての不当徴収返還請求に関する法律であるカルプルニウス法 (lex Calpurnia de pecuniis repetundis) が制定され、政務官が主宰し陪審が判決する常設査問法廷 (quaestio perpetua) が設置され、そしてモムゼンの言うように、これが他の犯罪類

型に拡張されたのではなく、個別の法律によって個々の事実関係に査問法廷が設置されていき、独裁官スッラが再編を行う、と説かれる⁵⁷⁾。

さらに公（刑事）裁判が民事裁判と対比されている例として、「人格権侵害事件は公（刑事）裁判ではなく民事の紛争を内容とする」と述べる、ディオクレティアヌス帝およびマクシミアヌス帝 293 年の宣示 C.9.35.7 が挙げられている。

また D.48.1.7（マケル『公（刑事）裁判論』第 1 巻）も、すべての犯罪が破廉恥とされるのではなく、盗、強奪、人格権侵害のように民事裁判でもすでに破廉恥の有責判決が下されるものを除けば、公（刑事）裁判で判決が下される犯罪のみに破廉恥の判決が下されるとしており、D.4.8.32.6（パウルス『告示註解』第 13 巻）も、破廉恥となる不法行為と公（刑事）裁判が構成・設置された事件については仲裁を認めないとしている⁵⁸⁾。これら法文も、民事裁判とそうでないものが区別されるだけでなく、さらに犯罪の一般概念と、破廉恥の有責判決が下される公（刑事）裁判に係る犯罪概念とが異なることを示しており、公（刑事）裁判が、犯罪に対する刑事裁判一般を指すものではないことを示唆している。このように、いわゆる私人間の不訴求＝不起訴合意や仲裁裁判の余地がないことが、「公」が表現する重要な属性であることが分かる。この属性に注目すると、強行法がなぜ *ius publicum* と表現されたかも理解できよう⁵⁹⁾。

コルネリウス法に基づく人格権侵害訴権については、D.3.3.42.1 で、公益のために行使されるとしても (*etsi pro publica utilitate exercetur*) 民事訴権であるとされている。

『学説彙纂』3 巻 3 章 42 法文 1 項 パウルス『告示註解』第 8 巻

コルネリウス法に基づく人格権侵害訴権には訴訟代理人を与えることができる。なぜなら公益のために行使されるにせよ、しかし訴権は民事訴権であるから⁶⁰⁾。

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

このことは先に挙げた 293 年のディオクレティアヌス帝およびマクシミアヌス帝の宣示 C.9.35.7 でも述べられていることである。このように公益と公裁判が必ずしも合致しない場面が想定されている。スッラの導入した人格権侵害の査問法廷 (quaestio de iniuriis) は、任意の私人による訴追原則が適用されないので iudicium publicum ではないというのがクンケルの評価である⁶¹⁾。

類としては (generaliter) ius publicum は普通法 ius commune であり、しかもこの普通法とは同じ市邦のすべての市民が用いる法を意味している。ブリソンは、以下、ius publicum についてこのような意味の普通法と理解できる様々な用例を挙げる。そして本稿 4 で検討する「ius publicum は私人の合意で変更されえない」という準則についても、14 世紀コンスタンティノポリスで活躍した法学者コンスタンティヌス・ハルメノポリス『第六書』(1 巻 9 章) では διὰ ἰδιωτικοῦ συμφώνου τὸ κοινὸν νόμιμον οὐκ ἐνᾷλλασσεται. と訳されており、ここでもまた ius publicum が、普通法 το κοινον νομιμον と理解されていることが確認される⁶²⁾。ブリソンによれば、喜劇テレンティウス『ポルミオ』に見られる ius publicum も同じく普通法と理解できるわけである。この箇所は、今日でも、すでに紀元前 2 世紀前半に ius publicum 概念が存在していたことの証左とされるものである⁶³⁾。

以下この意味での ius publicum がいかなる他の単語と結びついて用いられているかが列挙されている。

このように、publicum には、場合によっては「万民に共通の」という用例もあるが、多くは国家共同体の成員に共通の、広い意味での共有のもの、という含意があるのが分かる。そうだとすると、「ius publicum は私人の合意によって変更できない」、あるいは「適用除外できない」という「強行法」と言い換えた ius publicum とされるのも、もし私人が合意によって適用を免れると、その規範がすべての国民に適用されないことになる、つまり commune な法、普通法とは言えなくなるからだという理解も可能であろう。さて次にこの準則についてのキュジャースの註解に移ろう。

4. キュジャース『パピニアヌス「質疑録」第5巻』

さて、D.2.14.38 は、複雑で難解な事件の検討で有名なパピニアヌス『質疑録』から、わずか数語からなる準則のみを抽出した法文である⁶⁴⁾。

『学説彙纂』2巻14章38法文 パピニアヌス『質疑録』第5巻
Ius publicum は私人の合意によつては変更できない⁶⁵⁾。

キュジャースは、ここで述べられている法準則ほど多くの事例があるものはないので、自分は、これまであまり一般的に知られてはいないが明白な例を挙げるとする。同時に、キュジャースは、パピニアヌスほどに多くの法準則を我々に与えてくれた法学者はおらず、このことは彼がずっと先を行き、この点で熟練の極みに達していたことの証しである、とパピニアヌスを高く評価する。物(自体そのもの)についても名称(名辞)についても、準則と定義を持ち合わせることは熟練の一つである、と言うのである⁶⁶⁾。さらに同じパピニアヌスの別のカズイスティックな著作『解答録』からの法文 D.38.16.16 が挙げられる。

『学説彙纂』38巻16章16法文 パピニアヌス『解答録』第12巻
父は、嫁資の証書に、父の相続財産からは何物も期待しないようにとの条件で、娘が嫁資を受け取ったということも記載した。私人の規定は法律の権威を評価するものではないから、この文書が相続の権利を変更しなかったことは確定していた⁶⁷⁾。

そしてキュジャースは、ローマの形容詞 publicus には三つの意味があるが、正しい用例としては二つであるとして publicum 概念を整理する。

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

第一の意味は、すでにブリソンも彼の第一の意味の説明で挙げていた D. 1.1.1.2 に見られる意味である。つまり publicum は何かと問えば、神聖な (sacer) もの、司祭、宗教、政務官から成るものなのである。

第二に、皇帝金庫の法 (ius fiscale) が ius publicum と言われている。しかしキュジャースは、これは元首の私的なものであり publicum ではない、と断言する。ちなみに皇帝金庫 (fiscus) と共和政以来の国民の金庫つまり国庫 (aerarium) を区別することは、ローマの国制の変遷を把握する一つの鍵である。この区別を、人文主義者ビュデは、『パンデクテン註記』ではっきりと意識し次のように書いていた。「今日フランスの thesaurarius と我々が言っているもののことは fiscus の praefectus と呼ぶことができる。なぜなら、fiscus と aerarium は異なる。公の、そしてインペリウムの金銭のことを aerarium (国庫) と言っていた。これに対して、インペラートルの金銭を fiscus (皇帝金庫) と言っていた。後者のことを我々は domanium と言っている。この単語は fiscus つまり小さな籠からそう言われているのである。アスコニウスが説いているように。」⁶⁸⁾

先に見たように、ブリソンの説明は、皇帝金庫とされる fiscus の中で、より詳細に、公の用に供されるものと皇帝の使用に供されるものとを分け、また徴税主体となる場合の公的性格を指摘しており、この点ではキュジャースの断言とは異なる。ちなみにサヴィニーは『現代ローマ法体系』第2巻で国庫と皇帝金庫の融合の問題を論じ、ハドリアヌス帝までは両者は正確に区別がなされていたが、ハドリアヌス帝治世下では国庫が皇帝金庫と表現されていると言う⁶⁹⁾。このような概念の歴史的展開を追うことはキュジャースのこの講義ではまだなされていない。

publicus の第三の意味は、すべての者に共通の法、つまり市民法、法律、民会議決、元老院議決、法務官告示、ローマ国民の遺風が ius publicum と言われる場合の意味である。私人の利益 (commodum) にではなく、すべての者の便益 (utilitas) に関するものである、と言う。例えばファルキディウス法などのように、法律そのものが ius publicum であると解されることがしば

しばある。これは、すでにブリソンの説明から得た認識からすると、ここの publicus は、すべての者に「共通である」という意味と解することができよう。

つまるところ、キュジャースにとっては、第二のものは誤用であるから、ius publicum とは、宗教や行政に関わる法又は共通の法ということになる。そしてこの第三の意味の、つまり後者の ius publicum が、私人の合意で変更できない強行法であるという。しかし第三の意味を、述べられている通りに受け取ると、通常のローマの法源すべてということになりかねず、こうした法源の中に任意法規がないことになってしまう。あるいは私人の合意 (lex privata) と法律 (lex publica) という対比に行きついてしまう⁷⁰⁾。キュジャースの述べるところを理解するために、彼が挙げている新たな例を見ていこう。

第一の例は、ユスティニアヌス帝が導入した「讒訴の宣誓」(iusiurandum caluminae) についてである。紛争当事者は、訴訟の開始において讒訴の宣誓をすることを例としたが、同じ信念 (religio) から、同帝は、裁判人にも弁護人にも同様の宣誓を要請した。こうした宣誓は、人が軽率に訴訟を行わないように、公の便益を考えなされるのである。従って私人の合意で免除できるものではない、私的な合意は法律又は勅法を回避する (eludere) ことはできない。これがキュジャースが挙げる最初の例である。

第二の例は、嫁資が現金(数えられた硬貨)から成っているときは、十二表法に基づき、夫は、3年間にわたり、つまり3回の年払いで返還されなければならない。この法の典拠は、ユスティニアヌス帝以前の法の記録『ウルピアヌスの断案録』第6章(「嫁資について」の第8文)であり、中世法学では用いられなかった資料である⁷¹⁾。この3回の年払いは私人の合意でより長く4年にすることはできない。私的な契約は ius publicum を適用除外できないからである。つまり D.23.4.14 および D.23.4.16 (パウルス『告示註解』第35巻)で、妻側の条件をより悪くする合意ができないことが述べられているのである。

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

『学説彙纂』23 卷 4 章 14 法文 パウルス『告示註解』第 35 卷
嫁資を返還する期日については、妻の条件をより悪くしない限りで、いかなる期日に返還されるか合意をなすことが許されるのが法である⁷²⁾。

『学説彙纂』23 卷 4 章 16 法文 パウルス『告示註解』第 35 卷
しかしより長期で嫁資が弁済されるようにと合意することはできず、まして全く返さないように合意することはできない⁷³⁾。

第三の例は、風俗違反訴権 (actio de more, actio de moribus), 又は離婚原因を作った者の風俗違反ゆえの嫁資留保 (retentio ex dote propter mores eius, qui divortio causam dedit) は合意による放棄はできないことである。これは、弁論家たちによって虐待訴権 (actio malae tractationis) とも言われるもので⁷⁴⁾, 公裁判 (publicum iudicium) に属し、合意によつては廃止されない、とキュジャースは説明する。[夫婦間で]贈与がなされるときに返還請求できないと合意しても、風俗違反訴権で訴えないと婚姻時に合意しても、この合意は無効である。私人の合意は ius publicum を廃止することはできないからである。ただし夫婦間贈与があり贈与者が死亡まで同じ意思であった場合はこの限りではない (死亡による夫婦間贈与の固め)⁷⁵⁾。風俗違反訴権については D. 23. 4. 5 pr. が明言している。

『学説彙纂』23 卷 4 章 5 法文首項 パウルス『サビヌス註解』第 7 卷
風俗違反訴権で訴えない、あるいは多かれ少なかれ請求されないというように合意しえない。公の強制 (publica coercitio) が私人の合意による廃止はできないがためである⁷⁶⁾。

第四の例は、十二表法に基づき、相続財産に帰属する訴権は法上当然に分割され、個々の相続人は、全額ではなく相続分に応じて責めを負うという法である⁷⁷⁾。

『学説彙纂』10巻2章2法文5項 ウルピアヌス『告示註解』第19巻
この〔家産分割〕訴訟では債権債務 (nomina) は考慮されないにせよ、にもか
かわらず、その分割が維持され一人の相続人が別の相続人に訴権を委任
して彼を自己の利益の訴訟代理人にするように、債権債務の分割について
問答契約がなされたときは、その分割は有効である⁷⁸⁾。

法文の冒頭で債権債務が考慮されないと述べられているが、それが十二表
法によって法上当然に分割されるという意味であることは、すでに中世法学
以来指摘されていたことであり⁷⁹⁾、キュジャースもこの法文を同様に解釈
しているのである。

第五の例は、嫁資として又は婚姻ゆえの贈与として、用益権、用益権負担
のある裸の所有権又は完全な所有権が与えられ、婚姻解消後に再婚するとそ
れらの利益を失うとした合意は無効である、とするものである。ユスティニア
ヌス帝も、私的な合意で *ius publicum* を適用除外できないというこの
ルールを新勅法 22 で述べているとする。

このように五つの例を挙げた後、キュジャースは例外があるとして説明す
る。その例外を支えるのは、*ius publicum* の適用除外を可能とする特別法
(*lex specialis*) の存在である⁸⁰⁾。例として、挙げられる第一は、ユスティニア
ヌス帝 529 年の宣示 C.7.63.5.6 である。この勅法は、訴訟の最初に、「敗訴
者は上訴しない」と合意することが許されるかとの問いに、合意を有効とし
て肯定しているものである。キュジャースはこの勅法の文言から、皇帝に
よって厳酷な法律 (*legum austeritas*) が特別に緩和されたものと位置づける。

『勅法彙纂』7巻63章5法文6項 ユスティニアヌス帝 529 年宣示。

ところで、当事者が、文書を作成して当事者間で和解がなされるべきであ
ると考え、上訴の救済 (*provocationis auxilium*) に訴えること又は上訴期間
(*fatalis*) を確保することはいずれの当事者にも許されないと考えたとき
は、彼らの合意は有効である、と朕は思料する。実際、このケースにおい

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について、厳酷な法律が紛争当事者の合意によって緩和されることを朕は欲するものである⁸¹⁾。

第二は、*κύρια ἡμέρα* と言われる上訴期間 (*fatalia tempora*) を守らないとする当事者の合意である。これもかつては無効であったが、C.7.63.5.6 によって有効となっている。*κύρια ἡμέρα* についても、キュジャースは、皇帝の特別法によって言わば強行法の任意法化がなされたと言う⁸²⁾。皇帝は一方で上訴期間の延長を実現しつつ、私人による処分の拡大を図っていたわけである⁸³⁾。キュジャースは、このようなルールは広く見られるところであるとして、さらに皇帝の介入による強行法の任意法規化の例を続ける。

第三の例は、なるほど遺言者の意思によっても ius publicum は変更できないから、遺言相続人として相続分の 4 分の 1 を確保しそれを超過する遺贈義務を免れるファルキディウス法を遺言者が変更することはできないが、これも今日では新勅法 1 によって可能となっている⁸⁴⁾。新勅法は、遺言者が相続人がファルキディウスを取得することを望まない旨、明示的に表示したときは、遺言者の意思が実現されるべきであるとしている。D.30.55 は以下のように述べている。

『学説彙纂』30 卷 55 法文 ポンポニウス『サビヌス註解』第 9 卷

何人も、遺言で、自己の遺言には法律 (*leges*) は適用されないと定めることはできない。なぜなら遺贈についての相続人の義務は、期間、場所、条件について、限定がなされてはならないから⁸⁵⁾。

しかしキュジャースは以下でより慎重な説明を行う。つまり、私人たちの権利 (*ius privatorum*) は、私人の合意によって容易に変更される、例えば訴権が私人に取得されるとこれを行使せず無償恵与することが可能である。つまり予め合意によって訴権が生じないようにすることはできないが、訴権が生じるとそれを用いないこと、又はそれに対して和解や不訴求合意を行い、

相手方に義務を免除することができるのである。これは *ius publicum* ではなく私権 (*ius privatum*) に関わるものであるから、というのがキュジャースの論拠である。

相続人は、遺言者死亡後にファルキディウス法が適用されるときにはファルキディウス法を用いずに全額の遺贈を給付することができる。D.35.2.46 がそうである。

『学説彙纂』35 卷 2 章 46 法文 ウルピアヌス『告示註解』第 76 卷
ファルキディウスによって保持できるものを、遺言者の意思に従って、
自らが与えると誓約する者は、弁済することを強制されなければならない⁸⁶⁾。

ここでは、誓約という行為が介在しているケースであるが、新勅法以前にファルキディウス法に反する弁済義務を発生させることを明言している。

さらにキュジャースは、小プリニウス『書簡集』第 2 巻書簡 16 および第 4 巻書簡 10 を挙げている。前者で、小プリニウスは、自分が遺言の中で確認されていない小書付で相続人に指定され、遺贈の義務を負っていた場合に、

「たとえ法的には欠けるところがあっても、被相続人の意思を完璧な意思として保護するという私自身個人的に守ろうと思っている法律を述べたわけです。ちなみに小書付はアキリアヌスの手で書かれたことは確かです。だから、私としては、遺言で確認されたわけではないのですが、確認されたものとして守ろうと思うのです。……相続人には相続財産に残っているものを贈与することが許されているわけですし、私の法律に対抗するものは何もありません。公の法律はどれも (*publicae leges*) それに抵触しないのですから。」⁸⁷⁾

としている。

このように、抵触してはならないものとして、小プリニウスは *leges pub-*

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について *licae* という表現を用いているのである。後者の書簡では、遺言で「奴隷が自由人たれ」という文言で解放を命じているわけではないが、その者のための遺贈の部分で、「私が自由人であれと命じたモデストゥスのための」遺贈が付け加えられていた場合に、法律専門家の助言はどれも自由身分を認めないとするものであったのに対して、小プリニウス自身が法律家を非難しているものである⁸⁸⁾。

これに繋げて、キュジャースは、「ファルキディウス法は、家父である被相続人の意思に反して常に導入されていると考えられるものであり、被相続人は全額が給付されることをまさに意図していたから」と、ファルキディウス法に反する私人の処分の正当化に遺言者の意思を援用する。ここでキュジャースの挙げている法文は難解なものとして有名な D.35.2.86 である。

『学説彙纂』35 卷 2 章 86 法文 ユリアヌス『法学大全』第 40 卷

ティティアは自己の遺言でその兄弟であるティティウスを 3 分の 1 の相続分について相続人に指定し、4 分の 1 [つまり全相続財産の 12 分の 1] を保持した上で、相続財産を[共同相続人である]セクンダとプロクラに回復するように信託遺贈の義務を課した。そしてティティアはいくつかの不動産をその同じ兄弟に先取遺贈した。ティティウスは、先取遺贈されたものについても、回復する信託遺贈義務を負っている相続財産の相続分として回復しなければならないか、あるいはそのまま保持しなければならないか、が問われた。「ティティウスはその遺贈をすべて保持しなければならないが、しかし不動産の 12 分の 1 は[保持できる] 4 分の 1 に算入されなければならない、しかしもし 4 分の 1 が控除されることが付け加えられていなかったとすれば、不動産の 3 分の 1 すべてはファルキディウス法に算入される必要がある、なぜならファルキディウス法は家母の意思に反して援用されるからである」、と私は解答した⁸⁹⁾。

この法文については、キュジャースが解釈の見通しを立てたとされるもの

であり⁹⁰⁾、解釈自体については別の論文が必要なものであるが、おおよその理解のために、ここでは一つの解釈例を示しておこう。仮に法文の事例でティティウスが先取遺贈で取得した不動産の価額を 300 と想定する。そのうち 3 分の 1 にあたる 100 は、受遺者としてではなくすでに相続人として取得したことになるため、これについては自身が自身のために義務を負うことはない。ティティアが、ティティウスのためにファルキディウスの 4 分の 1 の留保を述べていれば、この 100 についても、信託遺贈義務に対して 4 分の 1、つまり全遺贈の 12 分の 1 にあたる 25 を留保できるので、これはファルキディウスの 4 分の 1 に算入しなければならない。これに対して、ティティアが彼のためにファルキディウスの 4 分の 1 の留保を述べていなければ、受遺者としてではなく相続人として取得したとされるこの 100 は、全額ファルキディウスの 4 分の 1 に算入しなければならない。この緻密な区別について、遺言者がファルキディウスについて言及する場合はともかく、言及がない場合、ファルキディウス法は遺言者の意思に反するわけであるから、先取遺贈を受けた相続人で信託遺贈の義務者に不利な計算方式となる、というのである。

いずれにせよ、ファルキディウス法をこのように位置づけて区別がなされる。相続人が、遺言者生存中に合意によってファルキディウスの 4 分の 1 を予め放棄することは、*ius publicum* に反して無効であるが、死亡して相続権が発生してからは可能である。これについてはすでに D. 2. 14. 38 の註釈が指摘していたところでもある⁹¹⁾。D. 35. 2. 15. 1 は、予めファルキディウスの 4 分の 1 を放棄させ、違約罰について締結された担保問答契約を無効であると解答していたのである。

『学説彙纂』35 卷 2 章 15 法文 1 項 パピニアヌス『解答録』第 13 卷
兄が、妹を相続人に指定して、贈与がなされるようにとその兄が望んだ別の者には、妹はファルキディウスを用いないものとし、仮にファルキディウスに反して用いたならば一定額を給付するものとする、という問答契約

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

をなすように配慮した。私人の担保問答契約によって法律が反対されてはならず、それ故に、妹は、強行法規（公序）によって保持を有することになり、問答契約訴権は否認されねばならないことを定めている⁹²⁾。

相続や遺贈について、相続人が承継後（*delata est*）に拒絶することは可能であるが、承継以前の拒絶は無効であり、また受遺者が予め相続人と合意するとしても、その合意は無効である。私人は法上当然の承継（*delatio*）や法律に対抗することはできないのである。

キュジャースは、「我々の準則は非常に頻繁に現れるのであり、私はさらに五つの例を付け加えた」として、『質疑録』の一文法解釈の講義が一応は終わったかのように述べている。事実彼は、通例挙げられる例以外のケースを挙げたのみならず、皇帝の特別法による強行法の緩和や、緩和されるとしても、その正当化に遺言者の意思を援用できる場合など、適用除外例を説明した。『ローマ法大全』に収録されている法文が述べている簡潔な準則について、それが編纂法典の他の法文にどのように反映されているかを体系的に整理したのである。

しかし法文について、古典期の本来の意味に回復する歴史的解釈を行わず6世紀の編纂法典での解釈にとどまるとしても、編纂者がその法文をどのように位置づけたかを正確に把握しないと、編纂法典における法文の意味すら正しく理解していない可能性がある。キュジャースは、人文主義法学者として、『質疑録』に由来する、しかも射程範囲の広いこの準則はそもそもどのような事件あるいは質疑を念頭に置いて発せられたか、に関心を示す。これは、収録法文を古典期の文脈の中において解釈する、いわゆる二様の解釈（*duplex interpretatio*）の歴史的解釈ではなく、あくまで編纂法典の解釈ではあるが、彼はそのことを自覚して述べている。

「私はギリシア人たちから学んだことを、そしてこの準則をより十全に説明するために、この準則がそれに先行する法文に適合できるものであることを付け加えよう」⁹³⁾と述べている。そしてパリ版の文を紹介すると、重要な

方法論が述べられる。

「学説彙纂では大抵は法文自体が配列や順序を考えておかれており、いわばある法文が別の法文から生まれているのである。我々が取り組んでいる法文に役立つことが把握されるには、前の法文と後の法文を読まなければならないことが知られていない。そしてある法文を読もうとする者は、最初に、まずはその前に何があり後に何があるかを見なければならない。そのようにして法文の真の意味が理解できることが実に多いのである」⁹⁴⁾。
前の法文はこうである。

『学説彙纂』2巻14章37法文 パピルス『勅法について』

アントニヌス帝およびウエルス帝は、都市の会計管理官 (curator) によって都市の債務者に金銭が免除されることはありえないのであり、ピリッピの者たちに免除されたので、撤回されなければならない、と勅答していた⁹⁵⁾。

このように都市会計管理官であっても公の債務を免除できないことを述べて、それを受けての我々の準則の法文が続けられている。キュジャースは、パピニアヌスもこのパピルスと同じ事件にこの準則を用いたと推測する⁹⁶⁾。このように *ius publicum* つまり国家、市邦、自治都市の法 (*ius Reip. civitatis, municipii*) は私人によっては変更できず、このように皇帝金庫の法 (*ius fiscale*) も私人の合意によって無効にはできない、ということであった。同じ章の D.2.14.42 も、パピニアヌスの別のカズイスティックな著作『解答録』からのものである。

『学説彙纂』2巻14章42法文 パピニアヌス『解答録』第17巻

債務者と債権者との間で、債権者は担保権の設定された不動産の租税負担 (*onus tributii*) を認めず、その支払いの義務は債務者にあると合意した。そうした合意は皇帝金庫の計算については守られてはならない、と私は解答

Publicum 概念および私人の合意によつては変更できない ius publicum について
した。皇帝金庫の強行法 (iuris forma) は、私人の合意によつては無効とされないとされているから⁹⁷⁾。

このように、担保の設定された不動産について担保権者に租税負担がかかるのが皇帝金庫の強行法 (iuris forma) だというのがその理由である。ここで iuris forma はまさにサヴィニー『現代ローマ法体系』第 1 巻で、強行法としての ius publicum と同じ意味を成す表現と整理していたものと理解できるかも知れない⁹⁸⁾。徴税主体としての皇帝金庫はもはや私的な存在ではなく、ここでは公的な存在として表れているのである⁹⁹⁾。この点、皇帝金庫の法について、キュジャースは先に本来は私的なものとしていたが、整合的には、歴史的解釈を行うか、あるいはブリソンのように、徴収主体としては公的なものと評価する必要があるだろう。

キュジャースはさらに、これが準則と言えるためには、単に国家や皇帝金庫の法だけではなく、ius commune, 法律, 民会議決, 告示, 遺風も含む広い射程を持つものになる、という。もっとも、法律や勅法によつてこの準則に例外をもうけることができることもキュジャースは指摘していた。彼の理屈は、そうした合意が ius publicum を改廃するわけではなく適用除外するにすぎない、というものである。キュジャースは ius publicum ではあるがこのように私人の合意によつて適用除外される例をさらに二つ挙げている。

第一の例は、D. 39. 1. 1. 10 である。そこでは、新築工事の通告がなされた後に法務官が裁定を下す前に工事をなすことが合意されたときは、その合意は有効であるとされている。

『学説彙纂』39 卷 1 章 1 法文 10 項 ウルピアヌス『告示註解』第 52 卷
それ故に、ケルスス『法学大全』第 12 巻においては、新築工事の通告がなされた後に、あなたが工事をなすことにつき相手方と合意がなされたとき、あなたに合意の抗弁が与えられるべきかどうか問われている。そしてケルススは、与えられるべきであり、私人の合意が法務官の命令 (iussus)

に優先されたと見られるおそれはない、と述べている。なぜなら彼らの紛争をおさめる目的以外に法務官は何を行うのであろうか。私人が任意に紛争から離れると、法務官はそのことを追認しなければならないであろう¹⁰⁰⁾。

法務官の裁定をさしおいて私人が合意をしたと考えられるおそれがないのは法務官の目指すところが結局は私的な紛争解決であるから、と法文は理由を挙げている。キュジャースは一旦法務官の裁判権に委ねられた事項を当事者が任意に処分できるかと問い、それを肯定する¹⁰¹⁾。この問題では同じウルピアヌスの D.2.14.7.14 も重要であった。

『学説集纂』2巻14章7法文14項 ウルピアヌス『告示註解』第4巻
私は新築工事通告を行使しないとの合意がなされるとき、法務官の命令権がこのことに関係するので、この合意は有効でないと考える者がいる。ところがラベオは、新築工事通告が家事 (res familiaris) に基づいてなされたときは合意をすることは許されるが、都市 (res publica) に関するときは許されない、と区別している。この区別が正しい。従って、公の損害にではなく家事に関わる、法務官の告示に関するその他のすべてのことについては、合意することが許される。なぜなら法律は盗みについても〔和解や不訴求〕合意することを許しているからである¹⁰²⁾。

このように、予め新築工事の通告権を私人が放棄できるかについて、法務官の命令権に関わることであるから私人の処分を許さないとする考えがあったが、ラベオが、家事あるいは私有財産に基づいてなされたときは合意をすることは許されるのに対して、都市や国に関わるときは許されないと区別したことをウルピアヌスは紹介・支持し、その盗訴権の放棄を理由としている。この法文はすでに註釈が ius publicum の用例の最初に挙げていたものである¹⁰³⁾。

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

第二の例は、瑕疵担保責任に関する按察官訴権についての D.2.14.31 である。

『学説彙纂』2巻14章31法文 ウルピアヌス『告示註解』第1巻

〔瑕疵担保責任の〕按察官告示に反して合意することは完全に (omnimodo) 許されている。売買の契約自体をなす際に合意されたのであれ、その後であれ¹⁰⁴⁾。

ここでの「完全に」を、キュジャースは、「売買の最初からであれ後であれ」という、法文の後に述べられることと同じ意味であると指摘する。付加的な合意については、例えば追奪担保責任について、代金二倍返しの担保問答契約を締結しないという、売買契約の常素から売主の責任を差し引く付加的合意と、担保問答契約にさらに信命保証人を付ける、つまり責任財産を増やす付加的合意について、抗弁のあり方を論じた D.18.1.72 pr. (パピニアヌス『質疑録』第10巻)、および契約締結から付加的合意までの時差を問題とする D.2.14.7.5 (ウルピアヌス『告示註解』第4巻) などが鍵となる法文である¹⁰⁵⁾。おそらくそうした議論を念頭に置きながら、ここでは時間的な問題を想定してわざわざ「完全に」としているのであろう。この意味でキュジャースの解釈は説得的であると思われる。按察官告示に反する、あるいは告示を適用除外する合意は有効である。

キュジャースは、皇帝金庫の法に反する、さらに国・都市の法 (ius reipublicae) に反する、私人間でなされた合意は有効ではないことを、またこれはしばしば国・都市と比肩される教会にも拡張されることを付け加える。では、按察官訴権の救済を予め放棄することが許されるのはなぜであろう。これも当事者が売買契約締結時に除外しなかった病気又は瑕疵を原因として解除訴権を与えることが按察官の真意であるから、当事者にはすべての病気又は瑕疵を適用除外することが許される、というのがキュジャースの説明である。なるほどこの場合、私的な合意が ius publicum を改廃しているように

も思われるが、実際はそうではなく、合意は、法律・告示・勅法の真意に、つまりそれらの許可に基づいたものである、と言うのである。

5. おわりに

以上、二つの作品に書かれたことを比較的詳しく紹介してきた。内容的にも方法的にも個別に興味深い問題があったが、ここでは、本題である *publicus* 概念に絞って、ごく簡単にまとめておこう。

ローマ法上の *publicus* は多義的であり、またその複数の語義の分類の仕方も一様ではない。ブリソンに従うと、ローマ国民のもの、ローマ国民にも万民にも属するもの、ローマ国民の財産に属するもの、国民の共通の使用にあるもの、皇帝金庫に関わりしかも公の用に供されるもの、と五つに分類できる。キュジャースに従うと、*ius publicum* とは、神聖なもの、司祭若しくは政務官に関わるもの、又はすべての者に共通の法の二つに分類できる。多義的とはいえ、公概念の核には、やはり国民又は万民に共通であること、そして、多くの用例には、国民又は万民に開かれているという性質があったことが明らかになる。共通性は、期せずして、「公共」という表現に含まれている性質である。以上のことは *publicus* に対応して用いられるギリシア語からも分かる。

任意法と対置させられる強行法が *ius publicum* と表現されたことも、私人の合意によっては適用除外できないとすることで、すべての国民に適用されるわけではない規範、つまり共通でない規範になる可能性を封じるという意味で、理解できよう¹⁰⁶⁾。このような理解は、法律そのものである *lex publica* と私人の約定・約款である *lex privata* との対比にも対応しているのであり、強行法を表現するのに *publicus* が用いられていることは、異質なものを入れる転用ではなく、なお体系的に把握できるものである。なるほど、キュジャースの歴史的観察によれば、とりわけ皇帝立法が *publicus* な規

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない *ius publicum* について
範を適用除外する権能を私人に認めているのであるが、こうした承認の是非
について疑義が生じる可能性がある場合には、その承認は公であった規範の
趣旨に支えられていた、と説明できる。しかしそこで用いられている規範の
趣旨が、強行法にとどまっているものにもあてはまるのであれば、やはり規
範の趣旨という根拠は伴うものの、政策的配慮がなされた整理すべきもの
であろう。

註

- 1) 政治の概念については、木庭顕『政治の成立』（東京大学出版会）3頁参照。人々の議論は公の場でなされる。ユルゲン・ハーバーマス（細谷貞雄・山田政行訳）『公共性の構造転換』（未来社）。さしあたり井上達夫編『公共性の法哲学』（ナカニシヤ出版）の第一章「公共性とは何か」（井上達夫）の整理を参照。戦後日本での公共性の使われ方を整理・検討するものとして、例えば、宇佐美誠『公共的決定としての法——法実践の解釈の試み——』（木鐸社）、晴山一穂『行政法の変容と行政の公共性』（法律文化社）、さらに『法哲学年報 2000〈公私の再構成〉』も参照。公共性の概念史については、Lucian Hölscher, Öffentlichkeit, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, Stuttgart, 1978, S. 413–467 を見よ。
- 2) この区別は、Dalloz 社の教科書 Précis シリーズや Montchrestien 社の Collection Domat が、ともに赤の私法と青の公法に分かれていることなどから視覚的に我々に訴えることもある。
- 3) 藤田宙靖『行政法 I（総論）改訂版』（青林書院）26–46 頁、原田尚彦『行政法要論 全訂第 6 版』（学陽書房）17–28 頁、広岡隆『行政法総論 4 版』（ミネルヴァ書房）38–46 頁。
- 4) 桜井敬子・橋本博之『行政法〔第 2 版〕』（弘文堂）6–12 頁。
- 5) ハーバーマス・前掲註 1『公共性』13 頁。例えば、古代ギリシアについて、原告適格の区別を基準とする δίκη（私訴）と γραφή（公訴）に加え、事案が第三者にも関わるか否かによる δίκη δημόσια と δίκη ἰδία の区別が指摘される。葛西康德「パブリックを拵える——古代ギリシアの場合——」法政理論 39 巻 4 号 209–223 頁。デモステネス第 24 弁論「ティモクラテス弾劾」192–193 にも νόμοι περὶ τῶν ἰδίων と περὶ τῶν πρὸς τὸ δημόσιον の区別が見られる。デモステネス（木曾明子・杉山晃太郎訳）『弁論集 4』（京都大学学術出版会）213 頁参照。Démosthène, *Plaidoyers politiques* I, Les Belles Lettres, trad. Octave Navarre et Pierre Orsini, Paris, 1954, Les belles lettres, p. 190.
- 6) Antonio Guarino, *Diritto privato romano*, 12. ed., Napoli, 2001, p. 127–128. ロー

マ法における *ius publicum* と *ius privatum* の二分類に関する比較的近年の文献については同書 p.123–124, n.5.1 を参照。

- 7) 木庭顕「現代日本法へのカタバシス 第1回——ナポリの怪しい小さな古本屋——」法学教室 259号(2002)6頁。
- 8) Hans Mülleians, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München, 1961, S.24–28, サヴィニーは、自分は absolute oder gebietende Rechtsregeln と呼ぶが、ローマ人は *ius publicum*, 単に *ius*, *ius omne* 又は *iuris forma* と呼んでいた、としている。F. K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1840, Aalen, 1981, § 16, S.57–61. モムゼンは、《...als *ius publicum* bezeichnet, welche für den Privaten nicht bloss praesumptiv, sondern schlechthin bindend sind, ...obwohl auch gestattende Gesetze...dem *ius publicum* zugerechnet werden》と指摘している。Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht* 3 Bde., Leipzig, 1871–88, Bd. I. II, 3. Aufl. 1887–1888, Nachdruck, 1969, Graz, Bd. 1, S.3–4, Fn.1. 本稿では、なぜ *ius commune* と称されたのかを問う。
- 9) これに対して、カーザーは、ローマ人にとっては *ius publicum* と *ius privatum* という概念には体系的な意味はなく、いずれの概念も専門用語とは言えず多義的であるとして、用例を列挙する。Max Kaser, *Das römische Privatrecht* I., 2. Aufl., München, 1971, S.197–198. ちなみにローマ法の *ius publicum* についてまとめたものとして他の分野で比較よく参照されてきたのは、Hans Mülleians, *Publicus und Privatus*, *supra* note 8 であるが、主にモムゼンの『ローマ国法』『ローマ刑法』やカーザー『古ローマのユース』(M. Kaser, *Das altrömische Ius*, *infra* note 16) に依拠した説明であることに注意が必要である。ローマ法については、同書 S.4–61, *iudicium publicum* については S.53 seqq. 参照。Heumann-Seckel, *Handlexikon* によりつつ、*publicum* の三つの意味とそれぞれの法源のリストについては同書 S.7 を見よ。もっとも、*ius publicum* の用例について、近代の他の整理としては、モムゼン『ローマ国法』の冒頭部分が今なお役に立つ。Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Bd. I, *supra* note 8, S.3–5, とりわけ S.3, Fn.1 を見よ。
- 10) 利用したのは、Barnaba Brissonius, *De verborum quae ad ius pertinent, significatione*, Halae Magdeburgicae, 1743 である。
- 11) Henry John Roby, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, Cambridge, 1884, Union, N. J., 2000, p. 250.
- 12) ブリソンについては A. S. Sanchez-Gil, *El jurista Barnabé Brisson (1531–1591)*, Romae, 1995 および O. Descamps, Art. Brisson Barnabé, in: *Dictionnaire historique des juristes français X^e-XX^e siècle*, 2007, Paris, p.137b–138b 参照。
- 13) D.2.14.38 では《*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.*》, D.50.17.

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

- 45.1 では《Privatorum conventio iuri publico non derogat.》と表現されている。
- 14) 拙稿「D. 23.3.81 および D. 46.3.94 (パピニアヌス『質疑録』第8巻) に対するジャック・キュジャース (1520–1590) の註解——硬貨の所有物取戻訴権について——」南山法学 32 巻 3・4 合併号 256–257 頁参照。
- 15) publicum iudicium が中世では öffentliche Gericht, offen Gericht という、ローマ・カノン訴訟に対立する古いゲルマン裁判集会の視覚的イメージに繋がるものを表現するためにも利用されたという。L. Hölscher, Öffentlichkeit, *supra* note 1, S. 417, オープンなイメージは、例えば、裁判の開かれた場所についてグリムが述べる冒頭文に見られる。《Das alte gericht wurde nie anders als im freien gehalten, unter offenem himmel, im Wald, unter breitschattenden bäumen, auf einer anhöhe, neben einer quelle;》Jakob Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 4. Aufl., Bd. 2, Leipzig, 1899, Darmstadt, 1965, S. 411 などを参照。
- 16) iudicium publicum について、サントルチーアはローマ刑事法史の標準的な教科書で次のように説明する。「政務官が主導権を握っている民会手続とは異なり、査問法廷手続は常に私人の告発から始まる。しかし容疑者を起訴する権能は、少なくとも原則的には被害者だけに認められるものではなかった。名声の高い市民であれば誰でも、ある意味共同体の代表として被疑者を訴追することが可能であった。この新たな訴訟に対して史料が述べている iudicium publicum という呼称は、元々は、十中八九、この刑事訴訟 (istanza punitiva) の公的格から、つまり訴追を主導するのがその者の個人的な利益ではなく、国民全体の利益に結びついているという事実から出たものであろう。訴追者はその事件では国民全体を演じるのである。」Bernardo Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2. ed., Milano, 1998, p. 165. モムゼンは、iudicium publicum が顕著に市民団に関わる訴訟であるのに対して、市民団が判決を下さなければならない訴訟が iudicium populi であると考え、最初は、共同体の利益のために私法の形式でなされた特別な訴訟であったとしていた。例えば Th. Mommsen, *Strafrecht*, 2. Aufl., 1899, Leipzig, 1990, Aalen, S. 180, n. 2, S. 186–187. を見よ。H. Müllejans, *Publicus und Privatus*, *supra* note 8, S. 53–57 は、Iudicium publicum という表現は紀元前 2 世紀から伝わり、2 世紀前半からは専門用語として新たに導入された査問法廷のことを指し、最初は独特な私法的性格を有していた (geschärfter Zivilprozess, processo civile rafforzato) として、モムゼンの説明を利用している。他にも Max Kaser, *Das altrömische Ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, S. 58 を参照。しかし、最初は私法的性格を有したという説は今日では支持されていない。クンケルは、iudicium publicum 概念が明確な輪郭をとるのは古典後期の法学者においてであり、共和政後期およびアウグストゥス帝の刑事法の諸法律のどれかに依拠する刑事訴訟のことを称し、Popularanklage の原則は元々それらの法律すべてに固有のものであり、この

原則が *iudicium publicum* の試金石ともなるとする。そしてモムゼンの言う *iudicium publicum* の起源となる訴訟が私法と類似している点は、私人による訴追や法務官の裁判管轄権にとどまる、と考えている。Wolfgang Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, S. 11–12, S. 51–52, ders. *Quaestio*, in: *Kleine Schriften*, Weimar, 1974, S. 39 ss. この議論および文献については B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, p. 121–122, p. 165, n. 200 を見よ。さらに、常設査問法廷設置に関して、不法徴収に関するカルプルニウス法およびアキリウス法について同書 p. 108 に詳しい説明がある。前者が神聖賭金の形式をとり、また限られた数の審理員 (*recuperatores*) により、判決も損害の単額であるのに対して、後者が告発 (*delatio nominis*) によるもので、50 人の裁判員が判決団であり、判決も相当な刑罰となるなど、両者の違いや、進展については特に p. 121 を、訴追者が任意の市民に開かれていたことはおそらく不法徴収に関する査問法廷からである点について、同書 p. 132 を見よ。*iudicium publicum* については、Giovanni Pugliese, *Processo privato e processo pubblico*, in: *Rivista di diritto processuale*, 3, 1948, p. 3–49 (G. Pugliese, *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, 1985, p. 5–49 特に p. 4–6, p. 47), A. H. M. Jones, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, 1972, Oxford, p. 45 ss, 木庭顕「現代日本法へのカタバシス 第 5 回——自由；その 2——」法学教室 263 号 (2002) 5–6 頁も参照。

- 17) 拙稿「カルロ・シゴニオ『民事裁判について』覚書——一六世紀人文主義者によるローマ民事裁判素描——」法政研究 (九州大学) 70 巻 4 号 423–455 頁参照。
- 18) 《*Iudiciorum vero publicorum longe alia ratio fuit quam privatorum: Neque enim, ut inquit Iustinianus, per actiones ordinata sunt, neque omnino simile quicquam cum privatis iudiciis habuerunt, magnaue diversitas eorum fuit et in instituendo, et in intendendo. Publica vero dicta sunt, quod cuivis e populo actio permitteretur.*》
- 19) もっとも、現実には、告発した (告発者複数の場合には決定手続を経た) 訴追者がローマ国民全体を代表しその公益実現を担うために一肌脱いで訴訟遂行を買って出た上層市民であったかは別の問題である。現代におけるローマ刑法史の標準的な教科書の著者サントルチアは、「理論的には〔訴追者たる〕その市民が集団の利益擁護者として訴えたにせよ、現実にはその訴追動機たるや高潔なものではなかった。時には個人的な復讐であり、あるいは政治的野心に動かされたものであった。あるいは公職に対する危険なライヴアルを裁判を通じて蹴落とすことを目指していることもあった。勝訴訴追人に法律に定められた特別な報酬目的で起訴することも稀ではなかった」としている。B. Santalucia, *Diritto e processo penale*, *supra* note 16, p. 166. シゴニオについては、古代ローマからの共和政理念析出の意味合いが強かったかも知れない。国制さらに刑事訴訟の展開の中で *quaestio repetundarum* の問題

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

を深く掘り下げた、木庭顕「“in Verrem”と“de re publica”」法学協会雑誌 96 巻 3・4 号 6-11 頁, 103 巻 7・8 号 76-78 頁を見よ。

- 20) 現代のローマ法律用語辞典で比較的詳しく解説しているものとして, iudicium publicum [2], in: Constant De Koninck, *Beknopte en encyclopedie van het romeinse recht*, Antwerpen, Apeldoorn, 2000, p. 257-258.
- 21) 《Publica iudicia non idcirco dicta sunt, quod, ut Iustinianus tradit, eorum exsequutio cuius ex populo, qui modo idneus sit accusator, detur. Hac enim ratione popularia iudicia essent, quod est inconsequens: sed quod ex legibus publicorum iudiciorum veniant atque descendant. l. 1. D. de public. iudic. (D. 48. 1. 1)》
- 22) 佐々木健「古代ローマにおける特示命令による道路行政の一端」法学論叢 161 巻 1-6 号 (2009 年) 620-621 頁。
- 23) 《Eum qui vectigal populi romani conductum habet, “publicanum” appellamus. nam “publica” appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.》
- 24) Vgl. H. Müllejans, *Publicus und Privatus*, *supra* note 8, p. 5, Fn. 4.
- 25) D. 50. 16. 16. 《Eum qui vectigal populi romani conductum habet, “publicanum” appellamus. nam “publica” appellatio in compluribus causis ad populum romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur.》A. Guarino, *Diritto privato romano*, *supra* note 6, p. 305, n. 17. 2. 1.
- 26) D. 1. 1. 1. 2 《publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.》ius publicum について, 公益概念や, ius publicum が(国家的)祭祀, 司祭制度, 政務官制度から, ius privatum は自然, 万民, 市民的なものから成っているとしている。この法文の近年の文献として Pietro Cerami / Gianfranco Purpura, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino, 2000, p. 1-24 がある。前者の三分類は非法学文献クインティリアヌス『弁論家の教育』2.4. 33-34 にも見られる。Quintilien, *Institution oratoire*, livre II et III, Paris, Les belles lettres, 2003, p. 44 《33. ... quae quidem suasoriis an controversiis magis accommodata sit exercitatio consuetudine et iure civitatum differt. Apud Graecos enim lator earum ad iudicem vocabatur; Romanis pro contione suadere ac dissuadere moris fuit; utroque autem modo pauca de his et fere certa dicuntur: nam et genera sunt tria sacri, publici, privati iuris. 34. Quae divisio ad laudem magis spectat, si quis eam per gradus augeat, quod lex, quod publica, quod ad religionem deum comparata sit.》森谷他訳『弁論家の教育 1』京都大学学術出版会 156-157 頁。この法文全体の理解については、本

稿では扱わないが、例えば、Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, Bd. I, *supra* note 8, S. 3–4, H. Mülljans, *Publicus und Privatus*, *supra* note 8, S. 20–24, S. 34–36 を見よ。

- 27) この書簡の箇所は、今日の刊本によるものであり、ブリソンは第7巻書簡13としている。Plinius Secundus, *Epistolae*, 8.14.10 《Quo iustius peto, primum ut errori, si quis est error, tribuas veniam, deinde medearis scientia tua, cui semper fuit curae, sic iura publica ut privata, sic antiqua ut recentia, sic rara ut adsidua tractare.》Pline le Jeune, *Lettres*, I à IX, Les Belles Lettres, trad. Anne-Marie Guillemin, Tom. III, Paris, 1967, p. 69.
- 28) Plinius Secundus, *Epistolae*, 8.14.1 《Cum sis peritissimus et privati iuris et publici, cuius pars senatorium est, cupio ex te potissimum audire...》Pline le Jeune, *Lettres*, Tom. III, *supra* note, 27, p. 67.
- 29) D. 41.3.9 《Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi romani et civitatum, item liberis hominibus.》
- 30) Eduardo Volterra, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961, 1993, p. 370–373 は, ager occupatorius, ager scripturarius, ager compascuus, ages vectigalis, ager locatus ex lege censoria, ager viariis vicanis datus など, 戸口調査表に記載されない公有地に時に概念が不明瞭なことも含め丁寧に説明する。
- 31) D. 50.16.17 pr. 《Inter “publica” habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona. sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur.》
- 32) D. 18.1.6 pr. 《Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est campus martius.》ちなみにモムゼンは中世の deteriores 写本から alienationem esse を alienationem prohibitam esse と読む提案をしている。これは Haloander の読みでもある。Gregor Haloander, *Digestorum seu pandectarum*, Tomus I, Norembergae, 1529, Frankfurt a. M., 2005, p. 617, Antonius Faber, *Rationalia in pandectas*, Tomus quintus et ultimus, Avrelinae, 1626, p. 224–225. 以下の本文の説明は、キュジャースの全集掲載 text に依拠したものである。Jacobus Cujacius, *Opera*, Tomus septimus, *infra* note 64, Neapoli, 691–693.
- 33) 特定私人の使用に供させる手続きについては、E. Volterra, *Istituzioni*, *supra* note 30, p. 370–373 を見よ。ちなみに、他に挙げられている D. 43.6.2.9 および D. 43.6.2.7 は箇所が不明である。
- 34) D. 50.10.5.1, D. 43.8.2.9, D. 43.8.2.7, D. 8.1.14.2.
- 35) D. 8.1.14.2 《Publico loco interveniente vel via publica haustus servitus imponi

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

potest, aquae ductus non potest: a principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi potest.》

- 36) 拙稿・前掲註 14「硬貨の所有物取戻訴権」291 頁, 註 74 参照。
- 37) D. 5. 3. 20. 9《In privatorum quoque petitionibus senatus consultum locum habere nemo est qui ambigit, licet in publica causa factum sit.》
- 38) 今日の標準的教科書はここでの皇帝金庫 (fiscus) は改竄であり本来は共和政起源の国庫 (aerarium) であったとされてはいる Wolfgang Kunkel/Walter Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin, 1987, S. 545, Fn. 8 und 9 を見よ。Antonio Guarino, *Storia del diritto romano*, 12 ed., Napoli, 1998, p. 452 は私法制度に対する ius publicum の介入の項目で整理し, 彼もこの元老院議決を aerarium の相続回復請求について規制するものと捉えている。fiscus についての文献は, A. Guarino, *Diritto privato romano*, *supra* note 6, p. 304–305, n. 17. 2 を参照。
- 39) D. 18. 1. 72. 1《Papinianus: lege venditionis illa facta “si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit”, si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locum.》
- 40) 我が国の行政法の教科書の解説でも, 近世の Fiskus の財産取引の主体としての私法的側面が強調されることが多いと思われる。例えば原田・前掲註 3『行政法』21 頁参照。
- 41) もっとも人文主義法学の嚆矢を放つギヨーム・ビュデ『パンデクテン註記』は, D. 4. 6. 34. 1 に対する註記で, この法文に見られる publicus は, 註釈が理解したように「公のこと」ではなく, 貢租・租税 (vectigal) そのものである, と新たな理解を示していた。『パンデクテン註記』ad D. 4. 6. 34. 1 Gulielmus Budaeus, *Annotationes in pandectas, Opera*, Tom. III, Basileae, 1557, Hants, 1966, col. 146–147. ビュデは, キケロ『弟クイントゥス宛書簡集』1(1.1)33, スエトニウス『皇帝伝』カリグラ 41, タキトゥス『年代記』第 13 章 [51] を援用する。「ここでの publicum は, アックルシウスの考えたように国事・国務ではなく, 国税と理解される。だから徴税請負人が publicani と言われるのである。」《Publicum non pro republica accipitur, hic, ut Accursius censuit, sed pro vectigali, unde publicani dicti.》さらに《Publicum absolute, quandoque capitur pro vectigali, ut tradit Budae. in annot. in Pand.》Antonius Nebrissensis, *Vocabularium utriusque iuris*, Venetiis, 1581, 249 r.
- 42) D. 43. 8. 2. 2《Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter

quam rem hoc interdictum propositum est.》

- 43) D. 41. 1. 14 pr. 《Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt.》
- 44) 《Variae itaque notandae locutiones, quas hic describere iuvat.》
- 45) Inst. 4. 18 pr. et 1 《Publica iudicia neque per actiones ordinantur nec omnino quidquam simile habent ceteris iudiciis de quibus locuti sumus, magnaue diversitas est eorum et in instituendis et in exercendis. Publica autem dicta sunt, quod cuius ex populo executio eorum plerumque datur.》
- 46) D. 48. 1. 1 《Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficiis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona.》
- 47) *Der neue Pauly*, tom. 5, Stuttgart, 1998, Sp. 1204, *Brill's New Pauly*, vol. 6, Leiden, 2005, col. 1033 の説明は、アウグストゥス帝によって導入された公裁判についてのユリウス法によって新たに整えられた古典期ローマ刑事訴訟が、公裁判と呼ばれること、そこでは市民の起訴によって開始され、政務官の指揮で陪審裁判で審理がなされること、すべての犯罪が公裁判で裁かれたわけではなく D. 48. 1. 1 にあるように、一定の法律に由来するものだけが公裁判であるというものである。公の法律に依拠することと、誰もが訴えることができることの二つの特徴は、例えば以下のように、古くからの説明である。《Publica iudicia werden genennet die Klagen, welche aus den Gesetzen der öffentlichen Klagen herkommen, und einem jedwedern unterm Volck gegeben werden, sonst die öffentliche und Peinliche Haltzgerichte genannt. Deren iudiciorum publicorum Leges aber sind diese: ...》Samuel Oberländer (Hrg.), *Lexicon juridicum romano-teutonicum*, 4. Aufl., Nürnberg, 1753, Köln Weimar Wien, 2000, p. 580 b. 近年の説明については、前註 16 を見よ。
- 48) D. 47. 15. 3 《(pr.) Praevaricationis iudicium aliud publicum, aliud moribus inductum est. (1) Nam si reus accusatori publico iudicio ideo praescribat, quod dicat se eodem crimine ab alio accusatum et absolutum, cavetur lege Iulia publicorum, ut non prius accusetur, quam de prioris accusatoris praevaricatione constiterit et pronuntiatum fuerit. huius ergo praevaricationis pronuntiatio publici iudicii intellegitur. (2) Quod si advocationi praevaricationis crimen intendatur, publicum iudicium non est: nec interest, publico an privato iudicio praevaricatus dicatur. (3) Si ideo

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

quis accusetur, quod dicatur crimen iudicii publici destituisse, iudicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est, neque per senatus consultum, quo poena quinque auri librarum in desistentem statuitur, publica accusatio inducta est. (4) Si is, de cuius calumnia agi prohibetur, praevaricator in causa iudicii publici pronuntiatus sit, infamis erit.》

- 49) B. Santalucia, *supra* note 16, *Diritto e processo penale*, p. 265, not. 306 を見よ。
- 50) Plinius Secundus, *Epistolae*, 3.9.30 《Est lege cautum, ut reus ante peragatur, tunc de praevaricatore quaeratur...》 Pline le Jeune, *Lettres*, *supra* note 27, Tom. I, p. 121.
- 51) D. 23. 2. 43. 10 《Senatus censuit non conveniens esse ulli senatori uxorem ducere aut retinere damnatam publico iudicio, quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas.》
- 52) L. Hölscher, *Öffentlichkeit*, *supra* note 1, S. 420, ギリシア語については, 《Schwerer als im Lateinischen lassen sich im Griechischen äquivalente Ausdrücke für ‘öffentlich’ finden. Κοινός und δημόσιος bezeichneten allein das politische Gemeinwesen, σαφής, δηλός und φανερός vor allem den Aspekt der Klarheit und Deutlichkeit am deutschen ‘öffentlich’,》 S. 415. 逆に, 例えば独希辞典で Publicum を見ると, 最初に《ὁ δῆμος, τὸ δημόσιον, τὸ κοινόν》の訳語が挙げられる。Menge-Güthling, *Deutsch-griechisch*, 2. Aufl., Berlin-Schöneberg, 1910. 正當にも public の peuple との語源的近類性に言及するものとして, 宇佐美・前掲註 1『決定』40–41 頁, 同「市場と国家の再定位」前掲註 1『法哲学年報』68 頁, 81 頁註 2 がある。publicus の第一の意味として, 「国に, 国民や都市全体に属する, 関わる」, 第二の意味として「国民, 住民に共通の」, という意味に分けているのは, v. Publicus, I. J. G. Scheller (J. E. Riddle, trans.), *Lexicon totius latinitatis. A Dictionary of the Latin Language*, Oxford, 1735.
- 53) もっとも, civitas universa と omnes の違いから, publicus と commune を峻別する有名な箇所として, キケロ『発想論』1 卷 17(40) を見よ。
- 54) 拙稿「一五世紀普通法学の法解釈方法論の一端——コンスタンティヌス・ロゲリウス『法解釈論』覚書」金山直樹編『法における歴史と解釈』法政大学現代法研究所叢書 23, 41–92 頁参照。
- 55) D. 1. 2. 2. 32 《...deinde Cornelius Sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis, et praetores quattuor adiecit...》
- 56) ブリソンの引用は《in Bruto Cap. XXVII. Verrin. III. cap. 84. de Offic. Lib. II. cap. 21.》となっている。Cicero, *Brut.* 106, 《...nam et quaestiones perpetuae hoc adulescente constitutae sunt, quae antea nullae fuerunt; L. enim Piso tribunus plebis legem primus de pecuniis repetundis Censorino et Manilio consulibus tulit...》, Cicero, *de officio*, 2, 75 《Nondum centum et decem anni sunt, cum de pecuniis

- repetundis a L. Pisone lata lex est nulla antea cum fuisset.*》de repetundis とは、《ex-acciones ilícitas o concusión de magistrados》, J. A. D'Ors, *Derecho privado romano*, 6. ed., Pamplona, 1986, § 360, p. 417.
- 57) Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*, 2éd., 2006, Paris, p. 37–39.
- 58) D. 48. 1. 7 《Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit. itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum.》D. 4. 8. 32. 6 《Iulianus indistincte scribit: si per errorem de famoso delicto ad arbitrium itum est, vel de ea re, de qua publicum iudicium sit constitutum, veluti de adulteriis sicariis et similibus, vetare debet praetor sententiam dicere nec dare dictae executionem.》
- 59) ローマでは不訴求合意 (pactum de non petendo) はむしろ合意 pactum の始原的・典型的な類型であった。津野義堂編『コンセンサスの法理』(国際書院) 第 3 章『「合意は守らなければならない」と「合意からは訴権ではなく抗弁が生じる」——17 世紀オランダ法学の作品から』(田中実) 参照。今日、不起訴合意があると裁判所は訴えの利益なしとして却下判決を下しているが、その訴訟法上の位置づけには議論があるのみならず、手続保障が要求される仲裁に委ねる合意とは異なり、そもそも裁判を受ける憲法上の権利に抵触する可能性があるとの疑念が述べられることもある。松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第 5 版〕』(弘文堂) 267 頁を見よ。この議論には「公」概念が関わっている。
- 60) D. 3. 3. 42. 1 《Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest: nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.》
- 61) 簡潔には W. Kunkel, *Quaestio, supra* note 16, S. 59–60, ders., *Untersuchungen, supra* note 16, S. 63–64. この人格権に関する査問法廷の位置づけの議論については, B. Santalucia, *Diritto e processo penale, supra* note 16, p. 151–153.
- 62) 近代の刊本 Konstantin Harmenopulos (Gustav Ernest Heimbach ed.), *Manuale legum sive hexabiblos*, Lipsiae, 1851, Aalen, 1969, p. 124 では、《Ἀπὸ ἰδιωτικοῦ συμφώνου τὸ κοινὸν νόμιμον οὐκ ἐναλλάσσεται.》とある。キュジャースの註記がある exemplar につき同書 praefatio, p. XXXII, ちなみに editio princeps は, *Hexabibli editio, quae studio Theodorici Adamaci Suallemburgi Parisiis apud Christianum Wechselum*, 1540 である。
- 63) L. Hölscher, Öffentlichkeit, *supra* note 1, S. 427, Fn. 62. Terentius, *Phormio*, v. 412. テレンティウス「ポルミオ」(鈴木一郎訳)『古代ローマ喜劇全集 第 5 巻』(東京大学出版会) 338 頁「公の法でまわっていることもわしにはゆるされんのかい。」同

(高橋宏幸訳)『ローマ喜劇集』(京都大学学術出版会)400頁「これすらわしの思いどおりにならんのか。誰にも認められた権利であるのに」。この箇所が ius publicum の古い用例として指摘されることは、人文主義法学以来の伝統である。「ius publicum という名辞は一つの意味では理解できない。人を惑わすことのないように次のことを知らなければならない。つまり、ius publicum はしばしば、この法文におけるように素材や目的からではなく、形式又は効果の点から、つまり利益ではなく権威の点で公であるとして、そう言われていることをである。D.27.3.8, D.26.2.29 やその他多くの箇所でするように理解されている。テレンティウス『ポルミオ』でもそうである。」Arnoldus Vinnius, *Institutionum commentarius*, Lugduni, 1767, p.10–11, comm. Inst.1.1.4 ad Publicum jus est: «...Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id, ne quem turbet, sciendum est, jus publicum saepe dici non a materia et fine, ut hoco loco, sed a forma aut causa efficiente; non quod utilitate publicum est, sed auctoritate. Ita accipitur in l. 8. de tutel. (D.27.3.9 pr.) l. ex sententia 29. de test. tut. (D.26.2.29) multisque aliis in locis. Item apud Terent. in Phorm. 1.11.65. An ne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est?...」このようにウィンニウスは、「ポルミオ」の ius publicum を公益の点ではなく、権威の点での publicum と理解している。カーザーは、国民全体を拘束する法という意味にとっていた。M. Kaser, *Das altrömische Ius*, supra note 16, S.76.

- 64) 本稿でのキュジャースのテキストについては、特にことわりのない限り、代表的なナポリ版全集第4巻 Jacobus Cujacius, *Opera*, Tomus quartus, Neapoli, MDCCLVIII, col.20–23 に拠っている。しかし平行して利用した通称 la grande barbe, 1617年パリ版 Jacobus Cujacius, *Operum postumorum*, Tomus primus sive Papinianus, Lutetiae Parisiorum, MDCVXII. col.18–20 のテキストがより印象的である場合、その旨を記載して、紹介している。M. Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain, suivie de l'histoire de Cujas*, Paris, p.578–579, E. Spangenberg, *Jacob Cujas und seine Zeitgenossen*, 1822, Leipzig, 1967, Frankfurt a. M., S.201–203, M. Camus, *Bibliothèque choisie des livres de droit*, Bruxelles, 1833, Hildesheim, New York, 1976, p.54. キュジャース『パピニウス質疑録註解』について、代表的な刊本について精密な比較対照を行ったものとして、飛世昭裕「クヤキウスのパピニウス文(学説彙纂第十九巻第五章第一法文)釈義——クヤキウスの訴権論研究(一)——」帝塚山法学第3号131–196頁を見よ。

- 65) D.2.14.38 «Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.»
66) «nullus est Iurisconsultus qui tot iuris regulas nobis confecerit [conferat=P.], quod longior progressus Papiniani ostendit, id est, argumentum summae peritiae Papiniani. Periti est habere in promptu regulas et definitiones tum rerum, tum etiam nominum.»

- 67) D. 38. 16. 16 《Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret: eam scripturam ius successionis non mutasse constitit: privatorum enim cautiones legum auctoritate non censi.》
- 68) G. Budaeus, *Annotationes in pandectas, supra* note 41, ad D. 1. 13. 1. 2, col. 113. 《Quos hodie Thesaurarios dicimus Franciae, Praefecti fisci appellari possunt. Differt enim fiscus ab aerario. Aerarium dixerunt pecuniam publicam et imperii: fiscum vero pecuniam Imperatoris, quam domanium dicimus: quod verbum a fisci dictum est, id est sportulis, ut docet Asconius his verbis.》
- 69) Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. II, Berlin, 1841, Aalen, 1981, § 240, S. 273, Fn. qq. 区別がなされていたことの証左として挙げられるのは、タキトウス『年代記』, 小プリニウス『頌辞』, [アエリウス・スパルティアヌス]『ハドリアヌスの生涯』である。また国庫を皇帝金庫と表現していると言われているのは D. 5. 3. 20 (ウルピアヌス『告示註解』第 15 卷) である。
- 70) ウルリッヒ・マンテ (田中実・瀧澤栄治訳)『ローマ法の歴史』(ミネルヴァ書房) 40-41 頁。
- 71) パリ版, ナポリ版ともに, 原文は ex sententia Pauli である。Jacobus Cujacius, *Notae ad Ulpiani Tit. XXIX*, in: *Opera, supra* note 64, Tomus I, Naepel, 1758, col. 312, Tit. VI. De Dotibus. 《8. Dos si pondere, numero, mensura contineatur. annua, bima, trima die redditur: nisi si, ut praesens reddatur, convenerit. Reliquae dotis statim redduntur.》ちなみにこの作品の editio princeps は 1549 年出版パリ版であり, キュジャースによる版は 1576 年出版とされてる。I. Baviera et I. Furlani (ed.), *FIRA, II. Auctores*, 2ed., Florentiae, 1940, p. 261.
- 72) D. 23. 4. 14 《De die reddendae dotis hoc iuris est, ut liceat pacisci, qua die reddatur, dum ne mulieris deterior condicio fiet,》
- 73) D. 23. 4. 16 《Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis quam ne omnino reddatur.》
- 74) キュジャースは弁論家としているが, この表現は, 例えば, クインティリアヌス『弁論家の教育』4. 2. 30, 7. 3. 1, 9. 2. 79 に見られる。
- 75) 野田龍一「夫婦間贈与の『固め』の範囲について——サヴィニー及びボアソナードのローマ法源解釈——」福岡大学法学論叢 40 巻 1 号 1-48 頁を見よ。
- 76) D. 23. 4. 5 pr. 《Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, ne publica coercitio privata pactione tollatur.》
- 77) 十二表法 5 表 9 Dieter Flach (hrsg., übersetzt und kommentiert), *Das Zwölftafelgesetz: Leges XII tabularum*, 邦訳として, 末松謙澄訳並註解『ウルピアヌス羅馬法範』および佐藤篤士『Lex XII tabularum. 12 表法原文・邦訳および解説 改訂』1993 がある。Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, 1967, p. 49-51,

p. 733.

- 78) D. 10. 2. 2. 5 《In hoc iudicium etsi nomina non veniunt, tamen, si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.》
- 79) Casus ad D. 10. 2. 2. 5 《Ego, et duo alii sumus coheredes in ea heredi. sunt debitorum tres, quorum quilibet debet centum hereditati. quaeritur an nomine veniant in iudic. famil. eriscun. et dicit quod non dividitur, quia ipso iure divisa sunt per leg. xii. tabul. quia cuilibet heredi contra quemlibet heredem pro heredit. portione competit actio...》
- 80) 《nisi lex specialis id permiserit, nisi pactio sit legitima, ut possit iuri publico derogari privata conventione.》
- 81) C. 7. 63. 5. 6 《Sin autem partes inter se scriptura interveniente paciscendum esse crediderint nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire vel ullum fatalem observare, eorum pactionem firmam esse censemus. legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.》
- 82) 当該箇所は、人文主義時代のバシリカ法典刊本でも、fatalis は κύριοις と訳されている。《εἰ δὲ τὰ μέρη συμφωνήσωσι μὴ φυλάττειν τὰς κυρίας, ἰσχύειν βούλεται τοῦτο τὸ σύμφωνον ἢ διάταξις.》《sin autem convenerit inter partes, ut dies fatalis non observentur, eius modi pactionem firmam esse constitutio vult.》Carolus Annibal Fabrotus (lat. ver. et ed.,) *Τῶν Βασιλικῶν βιβλία* ξ. *Βασιλικῶν* libri LX, Parisiis, 1647, Tom. I, p. 475.
- 83) 上訴期間の延長については、M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 2. Aufl., S. 620–621 に詳しい。
- 84) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975, S. 562 参照。
- 85) D. 30. 55 《Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant, quia nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest.》モムゼンは後の節を理由の quia ではなく quin と修正提案し、節を適用しないことの中身と理解する。
- 86) D. 35. 2. 46 《Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit se daturum, cogendus est solvere.》
- 87) Plinius Secundus, *Epistolae*, 2. 16. 2–4 《2 ... Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etiamsi iure deficerentur, quasi perfectas tenerer. Constat autem codicillos istos Aciliani manu scriptos. 3 Licet ergo non sint confirmati testamento, a me tamen ut confirmati observabuntur, praesertim cum delatori locus non sit. 4 Nam si verendum esset ne quod ego dedissem populus eriperet, cunctantior fortasse et cautior esse deberem; cum vero liceat heredi donare

quod in hereditate subsedit, nihil est quod obstat illi meae legi, cui publicae leges non repugnant.》Pline le Jeune, *Lettres*, *supra* note 27, Tom. I, p. 82.

- 88) Plinius Secundus, *Epistolae*, 4. 10 《Scribis mihi Sabinam, quae nos reliquit heredes, ‘Modestum, servum suum, nusquam liberum esse iussisse, eidem tamen sic ascripsisse legatum: Modesto quem liberum esse iussi’. Quaeris quid sentiam. 2. Contuli cum prudentibus [or peritis iuris]. Convenit inter omnes nec libertatem deberi, quia non sit data, nec legatum, quia servo suo dederit. Sed mihi manifestus error videtur, ideoque puto nobis, quasi scripserit Sabina faciendum, quod ipsa scripsisse se credidit.》Pline le Jeune, *Lettres*, *supra* note 27, Tom. II, p. 10. なお 2009 年 4 月 30 日から 5 月 3 日にかけてスロベニア, Nazarje/Celje で参加することのできた国際サマー・セミナーのテーマは, 「プリニウス書簡集における法律問題」であった。
- 89) D. 35. 2. 86 《Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat: eadem fratri quaedam praedia praelegavit: quaero, an Titius ea quae praelegata sunt etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est ut *restituere*, restituere an integra retinere debeat. respondi Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex falcidia induceretur.》
- 90) Jacobus Cujacius, *Commentarius in lib. XL. Digestorum Salvii Juliani*, in: *Opera*, *supra* note 64, tomus VI, 1758, Neapoli, col. 277–279. Karl Adolph von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Bd., Marburg und Leipzig, 1876, S. 482–484, Ulrich Manthe, *Das senatus consultus Pegasianum*, Berlin, 1989, S. 156–157.
- 91) Gl. ad D. 2. 14. 38 《... Item infra ad leg. Falcidiam. l. quod de bonis §. j. ...》
- 92) D. 35. 2. 15. 1 《Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.》
- 93) 《Adiiciam quod ex Graecis didici, et ad pleniorum regulae explanationem valde facit, hanc regulam aptari posse ad legem praecedentem.》
- 94) 《Plurimum in ff. positum est in legum ipsa dispositione et ordine, et nescitur, quodadmodum una ex alia: praecedentia et sequentia legenda, ut aliquid deprehendatur, quod ad legem faciat, cui damus operam; et qui volunt legere legem aliquam, debent prius spectare, quid sit in praecedenti, quid in sequenti, ita verum percipient

Publicum 概念および私人の合意によっては変更できない ius publicum について

legum sensum saepissime.》

- 95) D. 2. 14. 37 《Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt debitori rei publicae a curatore permitti pecunias non posse et, cum Philippensibus remissae essent, revocandas.》
- 96) 《Ac sane videtur etiam Papin. hac reula esse usus in hac specie.》
- 97) D. 2. 14. 42 《Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non agnosceret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret. talem conventionem quantum ad fisci rationem non esse servandam respondi: pacis etenim privatorum formam iuris fiscalis convelli non placuit.》
- 98) 前註 8 参照。
- 99) D. 2. 14. 38 の註釈も、ius publicum の第二の例としてこの D. 2. 14. 42 (パピニアス『解答録』17 卷) を挙げていた。Gl. ad ius publicum. 《Item potest poni, ut j. eodem. l. inter debitorem.》
- 100) D. 39. 1. 1. 10 《Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere.》
- 101) 《post eam nuntiationem litigatores se committunt praetoriae iurisdictioni》ちなみに、キュジャースは、この事件について、フランスでは司法官の到着を待たなければならないのだが《quanquam iure Gallico oporteat adire magistratum》と、付け加えている。他の人文主義者に比べてキュジャースはフランス法への言及が少ない学者であることが強調されてきた。Fr. オリビエ-マルタン (塙浩訳) 『フランス法制史概説』(創文社) 633-634 頁, Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, 1948, 2005, Paris, p. 430-431. しかしこのパピニアス『質疑録』の講義ではこうした言及が散見される。
- 102) D. 2. 14. 7. 14 《Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit.》
- 103) Gl. ad ius publicum D. 2. 14. 38 《Ius publicum. potest poni casus, ut si faciam pactum ne exequar nuntiationem operis in publico factam, ut s. eodem. l. iurisgenitum. §. si paciscar. (D. 2. 14. 7. 14)》モムゼン版では、D. 2. 14. 4. 13 も D. 2. 14. 4. 14

も §. si paciscar であるが、流布本ではこの二つの項は分けられていない。内容的にはモムゼン版の D. 2. 14. 7. 14 である。

- 104) D. 2. 14. 31 《Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset sive postea.》
- 105) 石川博康『『契約の本性』の法理論（二）』法学協会雑誌 122 巻 6 号 120–171 頁を見よ。
- 106) 十二表法 9 表 1・2 は、特定の市民にしか適用されない法律を禁じており《privilegia ne inroganto》、前註 5 で引用したデモステネス第 24 弁論「ティモクラテス弾劾」192 の直前の箇所（188）では、「なぜなら全市民に適用されない法律を制定してはならないと、現行の法律は明確に言っているからです。」と述べられている。D. Flach, *Das Zwölftafelgesetz*, *supra* note 77, S. 137–143, デモステネス・前掲註 5『弁論集 4』213 頁。Démosthène, *Plaidoyers politiques* I, *supra* note 5, p. 189. もっとも privilegia の理解については、M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, vol. II, London, 1996, p. 698–700 を見よ。